

Dr Piotr Marcin Wiórek
Adwokat we Wrocławiu

Ustawowe wzorce umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w niemieckim prawie spółek – rozwiązanie godne naśladowania czy chybiony pomysł legislacyjny?

Ustawowe wzorce umowy spółki z o.o. jako jeden z elementów reformy niemieckiego prawa spółek

Dnia 1 listopada 2008 r. weszła w życie długo oczekiwana i szeroko dyskutowana, uchwalona przez niemiecki Bundestag w dniu 26 czerwca 2008 r., ustawa o modernizacji prawa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i zwalczaniu nadużyć (nazywana dalej zgodnie z jej niemieckim oficjalnym skrótem: MoMiG)¹. Stanowi ona najważniejszą nowelę niemieckiej ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością (nazywana dalej zgodnie z oficjalnym skrótem: GmbHG)² i największą reformę niemieckiego prawa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością od roku 1980³.

¹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BGBl. 2008, Teil I, Nr. 48, vom 28. Oktober 2008, s. 2026 i nast.

² Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.04.1892 (in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898, RGBl. S. 846, z późn. zm.).

³ Por. D.C. König, J. Bormann, *Die Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, DNotZ 2008, nr 9, s. 652.

Głównym celem reformy jest wzmocnienie konkurencyjności⁴ niemieckiej spółki z o.o. (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung* – w skrócie: GmbH) w stosunku do zagranicznych typów spółek działających na rynku niemieckim, przede wszystkim angielskiej Limited⁵. Ta ostatnia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wybierana jest często przez niemieckich przedsiębiorców jako forma prowadzenia działalności gospodarczej na terenie Republiki Federalnej Niemiec⁶, korzystająca – tak jak inne spółki założone według przepisów jednego z państw członkowskich i posiadające siedzibę statutową, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Wspólnoty – ze swobody prowadzenia działalności gospodarczej wyrażonej w art. 48 w zw. z art. 43 TWE⁷. Nowelizacja niemieckiej ustawy o spółkach z o.o. wkomponowuje się również w ogólnoeuropejski proces reform krajowego prawa spółek w innych państwach członkowskich, zapoczątkowany zniesieniem we Francji⁸ wymogu minimalnego kapitału

⁴ Na temat konkurencji krajowych porządków prawnych wewnątrz Wspólnoty por. przede wszystkim E.M. Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002; na temat konkurencji krajowych praw spółek, por. M. Sztybel, *Konkurencja regulacyjna w prawie spółek*, Warszawa 2008.

⁵ Pełna nazwa występującej w Anglii i Walii spółki z ograniczoną odpowiedzialnością brzmi: *Private Company Limited by Shares*.

⁶ Brak jest oficjalnych danych o liczbie angielskich *limited* działających na rynku niemieckim. Zgodnie z badaniami przeprowadzonymi przez A.O. Westhoffa w grudniu 2005 r. swoją siedzibę zarządu na terenie Niemiec miało 30.300 tychże spółek, zaś w listopadzie 2006 r. ich liczba wzrosła do 46.000. Por. A.O. Westhoff, *Die Verbreitung der englischen Limited mit Sitz in Deutschland*, GmbHR 2006, nr 10, s. 525 i nast.; tenże, *Die Verbreitung der englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland*, GmbHR 2007, nr 9, s. 474 i nast.

⁷ Obecnie po wejściu w życie Traktatu z Lizbony – art. 54 w zw. z art. 49 TFUE. Na temat konsekwentnego rozwoju orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego swobody prowadzenia działalności gospodarczej przez spółki kapitałowe inkorporowane w jednym z państw członkowskich, a prowadzące całą swoją działalność w innym państwie członkowskim w formie oddziału (najważniejsze sprawy: „Centros”, „Überseering” oraz „Inspire Art”) por.: K. Oplustil, P. Wiórek, *Aktualne tendencje w europejskim prawie spółek – orzecznictwo ETS i planowane działania prawodawcze*, PPH 2004, nr 5, s. 4 i nast.

⁸ Nowela francuskiego kodeksu handlowego z dnia 1 sierpnia 2003 r. – *LOI n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l’initiative économique* (JORF n°179 du 5 août 2003, page 13449, texte n° 1) – zniosła wymóg minimalnego kapitału zakładowego dla francuskiej spółki z o.o. – *société à responsabilité limitée* (w skrócie: SARL lub S.A.R.L.), umożliwiając

zakładowego dla spółki z o.o. i wprowadzeniem w Hiszpanii tzw. „blyskawicznej” spółki z o.o. o zmniejszonym minimalnym kapitale zakładowym (*Sociedad Limitada Nueva Empresa*, w skrócie: S.L.N.E.)⁹, a którego ostatnim wyrazem stała się nowelizacja polskiego kodeksu spółek handlowych ustawą z dnia 23 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych¹⁰, w wyniku której, poczynając od dnia 8 stycznia 2009 r., minimalny kapitał zakładowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością uległ zmniejszeniu z 50.000 zł do 5.000 zł, a spółki akcyjnej z 500.000 zł do 100.000 zł.

Wzmocnienie konkurencyjności niemieckiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ma nastąpić przede wszystkim przez ułatwienie i przyspieszenie procesu zakładania przedsiębiorstw oraz uatrakcyjnienie niemieckiej GmbH jako formy prawnej prowadzenia działalności gospodarczej. MoMiG przewiduje wiele rozwiązań prawnych, które mają służyć realizacji wspomnianych celów. Jednym z nich jest wprowadzenie do GmbHG poprzez dodanie w § 2 ustawy ustępu 1a tzw. protokołów wzorcowych (*Musterprotokolle*) stanowiących ustawowe wzorce umów niemieckiej spółki z o.o.¹¹ Ustawa przewiduje dwa rodzaje wzorców umowy spółki z o.o. zawarte w jej załączniku.

tym samym zakładanie francuskich spółek z o.o. o kapitale zakładowym w wysokości nawet 1 euro.

⁹ S.L.N.E. została wprowadzona do hiszpańskiej ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 23 marca 1995 r. (*Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*) w drodze nowelizacji tejże ustawy ustawą z dnia 4 kwietnia 2003 r. (*Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*), która weszła w życie w dniu 2 czerwca 2003 r. Od tej daty możliwe jest założenie uproszczonej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i wpisanie jej do rejestru w ciągu 48 godzin od jej założenia.

¹⁰ Dz.U. z 2008 r. Nr 217, poz. 1381.

¹¹ Poza wprowadzeniem protokołów wzorcowych zamierzony przez reformę niemieckiego prawa spółki z o.o. cel przyspieszenia procesu zakładania przedsiębiorstw ma być osiągnięty poprzez wprowadzenie tzw. spółki przedsiębiorczej (*Unternehmergesellschaft – haftungsbeschränkt*) jako wariantu GmbH, która może zostać założona nawet z minimalnym kapitałem zakładowym w wysokości 1 euro, co ma ułatwić wnoszenie wkładów do tego podtypu niemieckiej spółki z o.o. Ułatwieniu wnoszenia wkładów służyć ma również wyraźne uregulowanie w ustawie problematyki tzw. „ukrytych wkładów niepieniężnych”. Zmianie uległa minimalna nominalna wysokość udziałów w spółce z o.o. Łatwiej będzie je również dzielić, łączyć i przenosić na osoby trzecie. Wreszcie ostatni element reformy

Zgodnie z § 2 ust. 1a GmbHG spółka (z ograniczoną odpowiedzialnością – przyp. autora) może zostać założona w uproszczonym postępowaniu, jeżeli posiada ona najwyżej trzech wspólników i jednego członka zarządu. Do założenia (spółki – przyp. autora) w postępowaniu uproszczonym należy użyć protokołu wzorcowego określonego w załączniku. Poza tym nie mogą zostać wprowadzone postanowienia odbiegające od ustawy. Protokół wzorcowy stanowi zarazem listę wspólników. W pozostałym zakresie do protokołu wzorcowego znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy ustawy o umowie spółki¹².

Zawarte w załączniku do ustawy protokoły wzorcowe zawierają przede wszystkim obowiązkowe elementy umowy niemieckiej spółki z o.o., takie jak określenie firmy i siedziby (pkt 1), przedmiotu działalności spółki (pkt 2), wysokości kapitału zakładowego, wartości nominalnej udziału obejmowanego przez każdego ze wspólników z podaniem numeru bieżącego udziału. Ponadto określają, że wkłady na kapitał zakładowy zostają wniesione przy założeniu spółki wyłącznie w formie pieniężnej alternatywnie: albo w pełnej wysokości, albo w 50% ich wartości. Przy wyborze przez wspólników

w zakresie uproszczenia zakładania przedsiębiorstw stanowi przyspieszenie procesu rejestracji spółki z o.o. w Rejestrze Handlowym. Uatrakcyjnienie niemieckiej spółki z o.o. w konkurencji z zagranicznymi formami organizacyjno-prawnymi stanowiące drugi nadrzędny cel reformy ma natomiast nastąpić poprzez: umożliwienie przeniesienia siedziby zarządu GmbH poza granice Niemiec; wzmocnienie znaczenia wpisów w księdze udziałów i związanych z nimi domniemań oraz wprowadzenie szczegółowej regulacji dotyczącej nabycia udziałów w dobrej wierze; zapewnienie bezpieczeństwa w zakresie finansowania struktur koncernowych tzw. metodą *cash-pooling* poprzez jej wyraźne uregulowanie w ustawie; uproszczenie regulacji tzw. „pożyczek zastępujących kapitał” (*Eigenkapitalersatzrecht*) i wreszcie – wprowadzenie kompleksowej regulacji służącej zwalczaniu nadużyć w spółce z o.o. Podstawowe założenia reformy niemieckiego prawa spółek opisane są w krótkiej broszurze „*Schwerpunkte Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts*” do wywołania na stronie internetowej niemieckiego Ministerstwa Sprawiedliwości: www.bmj.de/enid/62ccdc6622af82cec9df0802c1b9c5fb,0/Gesellschaftsrecht/Die_GmbH-Reform_ts.html.

¹² „(1a) Die Gesellschaft kann in einem vereinfachten Verfahren gegründet werden, wenn sie höchstens drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer hat. Für die Gründung im vereinfachten Verfahren ist das in der Anlage bestimmte Musterprotokoll zu verwenden. Darüber hinaus dürfen keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen getroffen werden. Das Musterprotokoll gilt zugleich als Gesellschafterliste. Im Übrigen finden auf das Musterprotokoll die Vorschriften dieses Gesetzes über den Gesellschaftsvertrag entsprechende Anwendung.“

drugiego wariantu pozostała część wkładów na kapitał zakładowy zostanie wniesiona w okresie późniejszym na podstawie uchwały zgromadzenia wspólników (pkt 3). Natomiast przy spółce przedsiębiorczej z ograniczoną odpowiedzialnością – *Unternehmersgesellschaft* (*haftungsbeschränkt*) – wykluczony jest wybór wariantu drugiego. Uzgodniony przez wspólników tegoż podtypu spółki z o.o. kapitał zakładowy musi zostać wniesiony w całości przy założeniu spółki¹³. W punkcie 4 protokołów przewidziane jest zwolnienie jedynego członka zarządu z wyrażonego w § 181 niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) zakazu dokonywania przez przedstawiciela czynności prawnych z samym sobą. Pozostałe punkty dotyczą kosztów założenia spółki (pkt 5), odpisów protokołów (pkt 6) oraz pouczeń notariusza (pkt 7).

Z przyjętego przez ustawodawcę niemieckiego brzmienia protokołów wynika, że w sposób uproszczony można założyć spółkę z o.o. o każdym przedmiocie działalności spółki (określanego zgodnie z obowiązującą w niemieckim prawie zasadą indywidualizacji i konkretyzacji przedmiotu działalności), pod dowolną firmą (oczywiście przy zachowaniu zasad niemieckiego prawa firmowego) oraz o nieograniczonej, jeżeli chodzi o maksymalną granicę, wysokości kapitału zakładowego¹⁴. Wspólnicy mogą wnieść do takiej spółki jedynie wkłady pieniężne i objąć za nie po jednym udziale o nierównej wartości nominalnej, przy czym w protokole oznacza się numer bieżący udziału¹⁵.

¹³ Nakaz wniesienia wkładów na cały kapitał zakładowy przy założeniu spółki przy użyciu protokołów wynika z przypisu nr 3 do obydwu protokołów w zw. z pkt 3 protokołów. Dla wspólnika bądź wspólników spółki przedsiębiorczej obowiązek wniesienia pełnych wkładów na kapitał zakładowy nie będzie z reguły stanowił większego utrudnienia, skoro wysokość kapitału zakładowego może przy tego rodzaju spółce z o.o. wynosić nawet (i tylko) jeden euro.

¹⁴ Natomiast minimalna wysokość kapitału zakładowego niemieckiej spółki z o.o. wynosi zgodnie § 5 ust. 1 GmbHG nadal 25.000 euro, ustawodawca zrezygnował bowiem z obniżenia jej do planowanych wstępnie 10.000 euro. Związane z zachowaniem dotychczasowej wysokości kapitału zakładowego niedogodności dla osób chcących prowadzić działalność w formie spółki z o.o. zostały złagodzone przez dopuszczenie w § 5a GmbHG założenia spółki przedsiębiorczej z ograniczoną odpowiedzialnością – *Unternehmersgesellschaft* (*haftungsbeschränkt*) o kapitale zakładowym, który początkowo może wynosić nawet 1 euro.

¹⁵ Na przykład gdy w trzysobowej spółce wspólnik A obejmie udział o wartości nominalnej 5.000 euro, wspólnik B udział o wartości 12.500 euro, a wspólnik C udział

Stanowisko niemieckiego Ministerstwa Sprawiedliwości

Według oficjalnej informacji niemieckiego Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 30 października 2008 r.¹⁶ protokoły wzorcowe służyć mają do dokonywania nieskomplikowanych i zestandaryzowanych założeń spółek, w których dopuszczalne są jedynie wkłady pieniężne oraz mała liczba wspólników (do trzech). Założenie niemieckiej spółki z o.o. zostaje uproszczone przez to, że w jednym protokole zawarte są trzy występujące dotychczas oddzielnie dokumenty: umowa spółki, powołanie członka zarządu oraz lista wspólników. Ponadto, przy wyborze formy tzw. spółki przedsiębiorczej z ograniczoną odpowiedzialnością – *Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt)*¹⁷ – wybór protokołu wzorcowego wiązać się będzie z dodatkowymi, znacznymi oszczędnościami założycieli spółki.

Ocena protokołów wzorcowych w niemieckiej doktrynie i praktyce

Rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę niemieckiego jest oceniane w niemieckiej doktrynie i praktyce niejednolicie. Przede wszystkim zwraca się uwagę na kompromisowy charakter tego rozwiązania, bowiem instytucja ustawowych wzorców umowy spółki z o.o. została ostatecznie ukształtowana w sposób mniej uproszczony niż przewidywał to jeszcze rządowy projekt ustawy¹⁸.

o wartości 7.500 euro. Może się oczywiście zdarzyć, że w spółce dwuosobowej dwóch wspólników obejmie udziały o wartości 12.500 euro każdy. W takim przypadku trudno jednak mówić o równości udziałów w klasycznym rozumieniu tego słowa, skoro wspólnicy mogą posiadać tylko po jednym udziale. Na marginesie niejako należy zwrócić uwagę na nową regulację § 3 ust. 1 nr 4 oraz § 5 ust. 2 i 3 GmbHG dotyczącą „klasycznej”, a więc zakładanej bez użycia protokołów wzorcowych, niemieckiej spółki z o.o., zgodnie z którą w przypadku posiadania przez wspólnika większej niż jeden liczby udziałów wysokość poszczególnych posiadanych przez niego udziałów może być różna. I tak np. w dwuosobowej GmbH o kapitale zakładowym w wysokości 25.000 euro wspólnik A może objąć 4.000 udziałów o wartości nominalnej 1 euro każdy i jeden udział o wartości nominalnej 1.000 euro, a wspólnik B może objąć 200 udziałów o wartości nominalnej 100 euro.

¹⁶ Broszura *Schwerpunkte Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts*, por. przyp. 10.

¹⁷ Uregulowana w § 5a GmbHG spółka przedsiębiorcza z ograniczoną odpowiedzialnością zostanie omówiona w innym opracowaniu.

¹⁸ *Entwurf eines Gesetzes zu Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Mai 2007 (Bundesrats-Drucksache Nr. 357/07 vom 25. Mai 2007)*, w skrócie: MoMiG-RegE.

Krytyka rządowego projektu ustawy

Zgodnie z rządowym projektem umowa spółki miała być zawierana przy użyciu wzorca umowy w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi¹⁹. Wzorzec umowy spółki załączony do projektu ustawy przewidywał natomiast kolejne uproszczenie: w § 3 protokołu regulującym przedmiot działalności spółki założyciele mieli możliwość wyboru, poprzez zakreślenie stosownego kółka, jednego z trzech przedmiotów działalności: handlu towarami, produkcji towarów albo świadczenia usług. Rezygnacja ze sporządzenia wzorca umowy w formie aktu notarialnego została przez rząd niemiecki uzasadniona stosownymi żądaniem z kręgów gospodarczych oraz w celu uniknięcia dodatkowego nakładu czasu, pracy i kosztów związanych z założeniem spółki. Wymóg notarialnego poświadczenia podpisów wynikać miał natomiast z konieczności identyfikacji wspólników oraz zapewnienia transparencji struktury właścicielskiej w spółce z o.o., a także w celu zapobieżenia praniu brudnych pieniędzy²⁰.

Rozwiązanie projektu spotkało się z krytyką zarówno ze strony Rady Federalnej (Bundesrat), jak i w doktrynie. W swoim stanowisku²¹ Rada Federalna zakwestionowała generalnie instytucję wzorcowej umowy spółki z o.o., podkreślając konieczność indywidualnego uzgadniania treści umowy spółki przy uwzględnieniu interesów wszystkich założycieli, oraz zwróciła uwagę na okoliczność, że przy sporządzaniu umowy w formie aktu notarialnego osoba notariusza zapewnia kompetentną i stosunkowo niedrogą poradę prawną. Szczególnej krytyce zostało poddane przyjęte w projekcie rozwiązanie dotyczące oznaczania przedmiotu działalności spółki we wzorcu umowy. Wybór pomiędzy trzema, w sposób ogólnikowy określonymi rodzajami działalności został oceniony przez Bundesrat jako szkodzący obrotowi gospodarczemu, ponieważ nie pozwala on ustalić rzeczywistego przedmiotu działalności spółki²².

¹⁹ § 2 ust. 1a MoMiG-RegE miał następującą treść: „Wird das in der Anlage 1 bestimmte Muster verwendet, so genügt es, wenn der Gesellschaftsvertrag schriftlich abgefasst und die Unterschriften der Gesellschafter öffentlich beglaubigt werden”. Notarialnie miały być poświadczone podpisy wspólników-założycieli.

²⁰ MoMiG-RegE, s. 60-61.

²¹ *Stellungnahme des Bundesrates vom 06.07.2007 (Bundesrats-Drucksache Nr. 357/07, Beschluss vom 6. Juli 2007)*; w skrócie: Stellungnahme BRat.

²² Stellungnahme BRat, s. 2.

Do krytyki tej przyłączyły się głosy praktyki i doktryny. Wybitny specjalista z zakresu prawa spółek – W. Goette – pełniący zarazem funkcję Przewodniczącego II Izby Cywilnej niemieckiego Trybunału Federalnego (*Bundesgerichtshof*, BGH), w której rozpatrywane są sprawy z zakresu prawa spółek, podkreślił, iż z punktu widzenia praktyki sądowej trudno zrozumieć, dlaczego niemieckie Ministerstwo Sprawiedliwości przychyliło się do postulatów przedstawicieli organizacji gospodarczych i zrezygnowało z udziału notariusza przy kształtowaniu treści umowy spółki. Według sędziego BGH ponad 95% założeń spółek z o. o. dotyczy małych i średnich przedsiębiorstw, w których wspólnicy koniecznie potrzebują neutralnej porady prawnej, a udział notariusza w czynności założenia spółki zapewnia prawidłowość i bezpieczeństwo tego procesu, pozwalając uniknąć błędów i problemów, które w przyszłości będą musiały zostać rozwiązane w drodze kosztownych postępowań sądowych²³. Natomiast zdaniem notariusza H. Heckschena udział notariusza przy sporządzaniu umowy spółki z o.o. w formie aktu notarialnego nie sprowadza się wyłącznie do stworzenia dokumentu o szczególnej mocy dowodowej, czy nawet do udzielenia założycielom porady prawnej dotyczącej nie tylko ich praw, ale i ryzyk towarzyszących założeniu spółki z o.o., ale odciąża również sądy rejestrowe, gdyż to właśnie notariusz w pierwszej kolejności obowiązany jest zapewnić merytoryczną prawidłowość umowy spółki. Rezygnacja przez ustawodawcę z formy aktu notarialnego dla umowy wzorcowej została uznana przez przedstawiciela niemieckiego notariatu za wysoce kontraproduktywną do realizowanego obecnie przez ustawodawcę niemieckiego procesu przyspieszenia postępowania rejestrowego, mającego umożliwić docelowo rejestrację spółki w ciągu kilku dni. To właśnie bowiem na sądy rejestrowe zostałby przerzucony obowiązek instruowania założycieli posługujących się uproszczonym wzorcem umowy o zasadach prawa firmowego i sprawdzania prawidłowości reprezentacji podmiotów przy sporządzaniu protokołu. Brak wstępnej kontroli dokonywanej przez notariusza przyczyniłby się zatem do przedłużenia postępowania rejestrowego²⁴.

²³ W. Goette, *Einführung in das neue GmbH-Recht*, München 2008, rozdz. 7, nb. 63.

²⁴ H. Heckschen, *Die GmbH-Reform – Wege und Irrwege*, DStR 2007, s. 1443.

Zastąpienie formy aktu notarialnego formą podpisów notarialnie poświadczanych wywołało też poważne wątpliwości natury prawno-dogmatycznej niektórych autorów, w tym autorytetu w nauce niemieckiego prawa spółek, P. Ulmera. Podkreślili oni, co może się wydać szczególnie ciekawe dla polskiego prawnika z prawno-porównawczego punktu widzenia, że projekt rządowy podnosi poświadczenie notarialne w rozumieniu § 129 BGB do rangi przesłanki ważności/skuteczności czynności prawnej, a taka instytucja obca jest prawu niemieckiemu²⁵. Z ostrą krytyką spotkało się również proponowane w projekcie rządowym ustawy ogólnikowe określanie przedmiotu działalności spółki. W literaturze stwierdzono, że takie rozwiązanie naruszałoby obowiązującą w niemieckim prawie zasadę określoności (konkretności) przedmiotu działalności (*Bestimmtheitsanfordernisse*)²⁶.

Krytyka rozwiązania ostatecznie wprowadzonego do GmbHG

Kompromisowość przyjętego ostatecznie przez ustawodawcę rozwiązania wyrażająca się w rezygnacji z opisanego powyżej nadmiernego uproszczenia protokołów wzorcowych w części dotyczącej przedmiotu działalności spółki oraz zachowanie wymogu sporządzenia protokołu w formie aktu notarialnego nie osłabiły jednakże krytyki tej uproszczonej formy umowy spółki.

Przed wszystkim nie jest do końca jasne, kto może być współnikiem spółki z o.o. zakładanej przy użyciu uproszczonego wzorca umowy spółki. W samych protokołach, w punkcie 3, przy określeniu osób obejmujących

²⁵ Por. P. Ulmer, *Der Federstrich des Gesetzgebers und die Anforderungen der Rechtsdogmatik*, ZIP 2008, s. 46 i nast.; M. Gehrlein, *Der aktuelle Stand des neuen GmbH-Rechts*, Der Konzern 2007, s. 775; H. Heckschen, *Die GmbH-Reform...*, s. 1444. D.C. König i J. Bormann podkreślają przy tym, że poprzez notarialne poświadczenie podpisu notariusz potwierdza jedynie prawdziwość podpisu osoby go składającej, nie poddając merytorycznej kontroli podpisywanego dokumentu. Dlatego też autorzy uznają za sprzeczne z samym celem normy § 129 BGB, aby ważność (skuteczność) umowy spółki uzależnić od pełniacego jedynie funkcję dowodową notarialnego poświadczenia podpisu. Por. D.C. König, J. Bormann, *Die Reform des Rechts der Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, DNotZ 2008, nr 9, s. 655-656.

²⁶ Por. E. Wälzholz, *Die Reform des GmbH-Rechts*, MittBayNot 2008, nr 6, s. 427.

kapitał zakładowy w spółce użyto sformułowania „Pan/Pani”, natomiast z przypisu 1 do protokołu wynika, że założycielami mogą być również osoby prawne. Należy przyjąć, że założycielami spółki z o.o. utworzonej na podstawie protokołu wzorcowego mogą być również handlowe spółki osobowe i spółka partnerska wpisane do odpowiednich rejestrów (handlowego i spółek partnerskich)²⁷. Wątpliwości budzi natomiast możliwość występowania w charakterze założyciela spółki z o.o. na podstawie protokołu wzorcowego tzw. zewnętrznej spółki cywilnej z wieloma wspólnikami, której częściowa podmiotowość prawna została uznana przez niemieckie orzecznictwo²⁸. Przedstawiciele doktryny i praktyki nie widzą również powodów, dla których ustawodawca przy protokole wzorcowym dla spółki wieloosobowej zdecydował się ograniczyć liczbę założycieli spółki do maksymalnie trzech osób. W tym miejscu rodzi się bowiem słuszne pytanie, czy relacje między wspólnikami zaczynają być na tyle skomplikowane, by posłużyć się klasyczną formą umowy po przekroczeniu przez spółkę liczby trzech wspólników. Zdaniem niektórych autorów ten stan złożoności powstaje już w sytuacji zakładania dwuosobowej spółki z o.o., w której to istotne będzie dokładniejsze określenie relacji między wspólnikami. Potrzeby takiej nie ma natomiast przy jednoosobowej spółce z o.o.²⁹

W doktrynie i praktyce niemieckiej szczególnie krytycznie oceniono przydatność zastosowania protokołu wzorcowego dla spółki wieloosobowej (do trzech wspólników). Wzorzec taki może bowiem nie sprostać występującej w takiej spółce grze interesów poszczególnych wspólników i wynikającym z niej potrzebom udziałowców, które w klasycznej umowie spółki są uwzględniane poprzez wprowadzenie do umowy poszczególnych klauzul umownych. Te szczegółowe postanowienia umieszczone

²⁷ Por. H. Wicke, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH). Kommentar*; München 2008, § 2, nb. 16. Odmienne, wszelako na gruncie wstępnej wersji projektu H. Heckschen, *Die GmbH-Reform...*, s. 1444.

²⁸ Por. W. Böhringer, *Das neue GmbH-Rechts in der Notarpraxis*, BWNotZ 2008, nr 4, s. 104. Natomiast nie budzi wątpliwości zdolność do bycia wspólnikiem zakładanej w sposób tradycyjny, a więc bez używania protokołów wzorcowych, spółki z o.o. przez posiadającą zdolność prawną spółkę cywilną, por. M. Lutter, P. Hommelhoff, *GmbH-Gesetz-Kommentar*, wyd. 16, Köln 2004, § 2, nb. 8.

²⁹ Por. A. Miras, *Auswirkungen der geplanten GmbH-Reform nach dem MoMiG auf die notarielle Praxis*, BWNotZ 2007, nr 5-6, s. 101.

w umowach spółki z o.o. zawieranych w formie „tradycyjnego” aktu notarialnego dotyczą przede wszystkim winkulacji udziałów, zakazu konkurencji, określają reguły rozliczenia ustępującego wspólnika, przewidują przymusowe umorzenie udziałów czy też wprowadzają katalog czynności z zakresu prowadzenia i reprezentacji spraw spółki, do których podjęcia przez zarządzających (*Geschäftsführer* – odpowiednik członków zarządu polskiej sp. z o.o.) wymagana jest zgoda właściwego organu³⁰. Przy założeniu niemieckiej spółki z o.o. przy użyciu uproszczonego protokołu nie można również powołać wielu zarządzających (zarządu wieloosobowego)³¹. Jeżeli wspólnicy chcą, aby w spółce istniał zarząd wieloosobowy, mogą podjąć stosowną uchwałę po zarejestrowaniu spółki. Przy zarządzie wieloosobowym jego członkowie będą jednakże uprawnieni, zgodnie z § 35 ust. 2 zd. 2 GmbHG, do reprezentacji łącznej. Wprowadzenie odmiennej regulacji i skorzystanie z dyspozytywnych w tym zakresie przepisów GmbHG wymagać będzie natomiast uprzedniej zmiany umowy spółki, dokonywanej w formie „tradycyjnego” aktu notarialnego³².

Powyższy przykład wyraziście oddaje ograniczenia, jakie niesie ze sobą wykorzystanie protokołu wzorcowego do założenia niemieckiej spółki z o.o. Scalenie w jednym dokumencie umowy spółki, listy wspólników i oświadczenia o wyborze zarządzającego nie rekompensuje, przynajmniej przy spółce wieloosobowej, niedogodności związanych z wyborem formy wzorca ustawowego. Narzuca on bowiem założycielom spółki sztywny gorset regulacyjny, ograniczający się do przedmiotowo istotnych elementów umowy spółki z o.o. określonych w § 3 GmbHG³³. Założyciele nie mogą ukształtować umowy spółki, dostosowując ją do swoich potrzeb. Ponadto blankiet umowy może zostać wypełniony tylko w dopuszczonym ustawowo zakresie i nie można wprowadzić do niego dodatkowych postanowień, czego wyraźnie zakazuje § 2 ust. 1a, zd. 3 GmbHG. Poprzez to ograniczenie dyspozytywna regulacja ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością staje się dla założycieli spółki z o.o. korzystających

³⁰ P. Kindler, *Grundzüge des neuen Kapitalgesellschaftsrechts – Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)*, NJW 2008, nr 45, s. 3251. Por. też: W. Böhringer, *Das neue GmbH-Rechts...*, s. 104; A. Miras, *Auswirkungen der geplanten...*, s. 102.

³¹ W. Böhringer, *Das neue GmbH-Rechts...*, s. 104.

³² Por. E. Wälzholz, *Die Reform...*, s. 427.

³³ Podobnie H. Heckschen, *Die GmbH-Reform...*, s. 1443.

z protokołu wzorcowego *de facto* prawem bezwzględnie obowiązującym³⁴.

Jeżeli wspólnikom zależy zatem na dopasowaniu umowy spółki do ich indywidualnych potrzeb, powinni oni od razu zrezygnować z formy protokołu wzorcowego i wybrać klasyczną formę umowy spółki bądź też – po pierwotnym wyborze formy uproszczonego protokołu – dokonać stosownej zmiany w formie aktu notarialnego³⁵. W obydwu jednakże przypadkach nie znajdują wówczas zastosowania przewidziane w ustawie o kosztach w postępowaniu nieprocesowym z dnia 26.07.1957 r. (*Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung)*, w skrócie: KostO) udogodnienia związane ze skorzystaniem z formy protokołów wzorcowych.

Mające stanowić zachętę do skorzystania z formy protokołu wzorcowego udogodnienie kosztowe wynika z § 41d KostO, zgodnie z którym przepisów o minimalnej wartości przedmiotu czynności prawnej, wynoszącej przy sporządzaniu umów spółek z o.o. 25.000 euro, stanowiącej z kolei podstawę do obliczania taksy notarialnej, nie stosuje się przy założeniu spółki z o.o. przy użyciu protokołu wzorcowego, jak i przy zmianie umowy spółki, jeżeli nie wykraczają one poza ramy protokołu wzorcowego³⁶.

Należy jednak podkreślić, że przy zakładaniu podstawowego typu spółki z o.o. o wymaganym przez ustawę kapitale zakładowym w wysokości minimum 25.000 euro, a więc w sytuacji, w której wartość kapitału i tak odpowiada określonej powyżej minimalnej wartości przedmiotu czynności prawnej, udogodnienie kosztowe będzie związane jedynie z połączeniem w jednym dokumencie umowy spółki, listy wspólników i powołania członka zarządu. Wskutek takiego połączenia nie będą pobierane odrębne opłaty za sporządzenie listy wspólników, czy projektu uchwały o powo-

³⁴ Por. J. Tebben, *Die Reform der GmbH – das MoMiG in der notariellen Praxis*, RNotZ 2008, nr 10, s. 442.

³⁵ Por. H. Praetorius, *Die GmbH-Reform – Eine Chance für Gründer?*, BC 2008, nr 11, s. 294.

³⁶ Dosłowne brzmienie przepisu § 41d KostO jest następujące: „Die in § 39 Abs. 4, § 41a Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 4 Nr. 1, auch in Verbindung mit § 41c Abs. 1, bestimmten Mindestwerte gelten nicht für die Gründung einer Gesellschaft gemäß § 2 Abs. 1a des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und, wenn von dem in der Anlage zu dem Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung bestimmten Musterprotokoll nicht abgewichen wird, für Änderungen des Gesellschaftsvertrags.”

łaniu członka zarządu³⁷. I tak dla przykładu, przy założeniu spółki wieloosobowej o minimalnym kapitale zakładowym 25.000 euro opłata notarialna wyniesie 168 euro zarówno przy użyciu protokołu wzorcowego, jak i przy zastosowaniu klasycznej formy umowy. Jeżeli w drugim wariantcie dokonano wyboru członka zarządu w umowie spółki, nie zostanie pobrana od tego dodatkowa opłata zgodnie z wyrażoną w § 44 ust. 1 KostO zasadą tożsamości przedmiotu czynności³⁸, a jedynie kwota 13 euro za sporządzenie listy wspólników przez notariusza³⁹.

Udogodnienie kosztowe znajdzie zatem swój faktyczny wyraz przy wyborze przez założycieli podtypu spółki z o.o. w postaci tzw. spółki przedsiębiorczej z ograniczoną odpowiedzialnością (*Unternehmersgesellschaft haftungsbeschränkt*), w skrócie UG, uregulowanej w § 5a GmbHG. Ponieważ kapitał zakładowy tejże spółki może zostać ustalony nawet w wysokości 1 euro, regulacja wspomnianego § 41d KostO stanie się praktycznie relewantna dla tego typu spółki. I tak, przy założeniu wieloosobowej spółki UG o kapitale zakładowym w wysokości 1000 euro, opłata za sporządzenie przez notariusza protokołu wzorcowego wyniesie 20 euro, podczas gdy przy zastosowaniu „klasycznej” umowy wyniosłyby wspomniane 168 euro (z uwagi na obowiązującą w takim przypadku minimalną wartość przedmiotu czynności w wysokości 25.000 euro). Za sporządzenie przez notariusza dokumentu zgłoszenia spółki do rejestru opłata wyniesie 10 euro, jeżeli użyto protokołu, podczas gdy przy wyborze „tradycyjnej” formy umowy – 42 euro⁴⁰.

Podsumowanie poglądów niemieckiej doktryny i praktyki na temat protokołów wzorcowych

Podsumowując ocenę nowo wprowadzonej do niemieckiego prawa spółek z o.o. instytucji protokołów wzorcowych, należy stwierdzić, że

³⁷ Jeżeli natomiast powołanie członka zarządu następuje w umowie spółki, również przy klasycznej formie umowy spółki nie jest pobierana od tej czynności dodatkowa opłata, por. M. S i k o r a, R. R e g l e r, W. T i e d t k e, *Die Auswirkungen des MoMiG auf die Notarkosten*, MittBayNot 2008, nr 6, s. 438 i 439.

³⁸ Tamże, s. 439.

³⁹ Tamże, s. 441.

⁴⁰ Por. J. T e b b e n, *Die Reform der GmbH...*, s. 442.

z uwagi na ograniczoną możliwość kształtowania treści umowy spółki oraz zakaz wnoszenia aportów stanowią one rozwiązanie mało atrakcyjne dla wielu uczestników obrotu, którzy z reguły będą preferować wieloosobowe spółki z o.o., w których potrzeba indywidualnego uzgodnienia poszczególnych postanowień umowy spółki i odpowiedniego ukształtowania praw i obowiązków wspólników wymagać będzie posłużenia się klasyczną formą umowy. Co więcej, przedstawiciele niemieckiego notariatu podkreślają, że przy spółkach wieloosobowych notariusze powinni odradzać wspólnikom posługiwanie się formą protokołu⁴¹. Niektórzy z nich idą w swą krytykę dalej i stwierdzają, że notariusz, który doradziłby założycielom spółki wieloosobowej formę protokołu, naraża się z całą pewnością na odpowiedzialność cywilnoprawną, ponieważ umowa spółki, w której brak jest chroniących interesy poszczególnych wspólników i służących rozwiązywaniu konfliktów klauzul dodatkowych, stać się może w przyszłości źródłem wielu sporów między wspólnikami⁴².

Dlatego też protokół wzorcowy, poza ewentualnym udogodnieniem kosztowym wynikającym z § 41d KostO, może sprawdzić się co najwyżej przy tworzeniu jednoosobowych spółek-córek w strukturach grup spółek (holdingowych)⁴³.

Próba oceny niemieckiego rozwiązania protokołów wzorcowych z punktu widzenia ich przydatności w polskim prawie spółek

Przedstawiona w niniejszym opracowaniu, a zawarta w wypowiedziach niemieckiej doktryny i praktyki krytyczna ocena wprowadzonej wraz z reformą niemieckiego prawa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością instytucji protokołów wzorcowych wydaje się przemawiać sama w sobie przeciwko przejściu tego rozwiązania przez ustawodawcę polskiego w formie dokonanej w Niemczech.

Zbyt duże uproszczenie protokołów wzorcowych, których treść – zgodnie z załącznikiem do ustawy – ma zmieścić się na jednej stronie, zawsze będzie okupione brakiem ich elastyczności i możliwości dostosowania regulacji umowy do rzeczywistych potrzeb stron zamierzających

⁴¹ Por. E. Wälzholz, *Die Reform...*, s. 427.

⁴² Por. H. Heckschen, *Die GmbH-Reform...*, s. 1444.

⁴³ Tak również W. Goette, *Einführung...*, rozdz. 7, nb. 64.

założyć spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Nie da się też na jednej stronie formularza zawrzeć danych większej liczby współników, a zakaz wnoszenia aportów czyni ten sposób założenia spółki niedostępnym dla wielu potencjalnych współników. Dlatego też krytyka przyjętego w Niemczech rozwiązania uproszczonych wzorców umowy spółki z o.o. trafnie zwraca uwagę na ich niedoskonałość.

Mając jednak na uwadze główny cel przyświecający ustawodawcy niemieckiemu, jakim jest nie tylko przyspieszenie, ale i ogólne uproszczenie procesu zakładania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, nie sposób nie zauważyć, iż przynajmniej na płaszczyźnie formalnej, poprzez realizację zasady – nazwijmy ją umownie – „jednej strony” (bo nawet nie dwustronicowej kartki), został on osiągnięty.

Podkreślić należy, że skorzystanie przez założycieli spółki z uproszczonego formularza wzorcowego zawierającego w istocie *essentialia negotii* umowy spółki z o.o. nie będzie w istocie różniło się niczym od zawarcia przez nich w treści umowy spółki jedynie jej postanowień przedmiotowo istotnych, dokonanego w ramach swobody kształtowania treści umowy będącej wyrazem swobody umów. Wspólnicy mogą bowiem ukształtować umowę spółki w sposób tak okrojony również bez wprowadzenia do ustawy instytucji protokołów wzorcowych.

Ograniczenie treści umowy spółki z o.o. do jej postanowień przedmiotowo istotnych oznacza, że w pozostałym zakresie obowiązywać będą dyspozytywne przepisy ustawy.

Jeżeli uwzględni się autonomię woli stron w połączeniu z obowiązywaniem dyspozytywnych przepisów ustawy, można bez trudu wyobrazić sobie, że znajdują się tacy założyciele, którzy zadowolą się niejako na początku okrojoną wersją umowy spółki.

To właśnie z myślą o takich osobach ustawodawca niemiecki wprowadził „autoryzowany” przezeń uproszczony wzorzec umowy spółki z o.o., a dzięki „autoryzacji” protokołów wzorcowych, poprzez umieszczenie ich w załączniku do ustawy, rozpowszechnił go w mniejszym lub większym zakresie.

Z punktu widzenia autonomii woli stron uproszczony wzorzec umowy spółki z o.o. nie wydaje się stanowić zagrożenia dla takowej, wszelako z jednym istotnym zastrzeżeniem: skoro ustawodawca stwarza oficjalnie możliwość wyboru pomiędzy formularzową a standardową formą umowy

spółki z o.o., przeciętny założyciel powinien mieć możliwość uzyskania informacji, a najlepiej kompetentnej porady prawnej dotyczącej konsekwencji prawnych dokonania tegoż wyboru. Ustawodawca niemiecki zapewnił tę możliwość na ostatnim etapie prac legislacyjnych, nadając ustawie jej obecne brzmienie i pozostawiając wymóg formy aktu notarialnego dla protokołu wzorcowego, zapewniając przez to udział i kontrolę notariusza na etapie sporządzania takiej, niezmiernie uproszczonej, umowy spółki.

Tak samo doradzający przyszłym założycielom spółki adwokat lub radca prawny powinien zwrócić przyszłym współnikom uwagę na konsekwencje, jakie wiążą się z wyborem uproszczonej formy umowy spółki z o.o., polegające przede wszystkim na bardzo ograniczonej możliwości zawarcia w niej postanowień fakultatywnych stanowiących odstępstwo od dyspozytywnych przepisów ustawy.

Kończąc rozważania na temat uproszczonych wzorców umowy spółki z o.o., autor niniejszego opracowania celowo nie zamierza opowiedzieć się stanowczo za lub przeciw wprowadzeniu instytucji protokołów wzorcowych do polskiego prawa spółek. W artykule niniejszym została jedynie opisana i zanalizowana na przykładzie niemieckiej ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością tendencja uatrakcyjnienia poszczególnych krajowych form organizacyjno-prawnych poprzez uproszczenie – w omawianym przypadku – procesu zakładania spółki z o.o.

Protokoły wzorcowe posiadają z jednej strony szereg wad, opisanych w niniejszym artykule, z drugiej strony, stwarzają one dodatkową, nawet jeżeli uproszczoną, formułę założenia spółki z o.o.

Niniejszy artykuł ma raczej zaprosić do dyskusji, w tym w środowisku notarialnym, na temat potrzeby wprowadzenia do regulacji polskiego prawa spółek uproszczonych wzorców umowy spółki z o.o. W toku tej dyskusji, m.in. na podstawie niniejszego opracowania, mogą zostać sformułowane propozycje odmiennego niż w Niemczech ukształtowania ustawowych wzorców umowy spółki z o.o., pozwalające – przynajmniej w części – na uniknięcie słabych punktów regulacji niemieckiej.